

苏州大学出版社

東吳法學

倪徵暎題



一九九八年号

东 吴 法 学

(1998 年号)

主 编 杨海坤

副主编 周永坤 艾永明

苏 州 大 学 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

东吴法学:1998年号/杨海坤主编. -苏州:苏州大学出版社,1998.12

ISBN 7-81037-514-8

I.东… II.杨… III.法学-研究-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(1999)第06516号

东 吴 法 学(1998年号)

杨海坤 主编

责任编辑 刘 文

苏州大学出版社出版发行

(地址:苏州市十梓街1号 邮编:215006)

吴县市机关印刷厂印装

(地址:吴县市东苑路54号 邮编:215128)

开本 787×1092 1/16 印张 13.5 字数 350 千

1998年12月第1版 1998年12月第1次印刷

印数 1-1000册

ISBN 7-81037-514-8/D·27 定价:12.00元

苏州大学版图书若有印装错误,本社负责调换

苏州大学法学院简介

苏州大学前身是著名的东吴大学(Soochow University)。本世纪上半叶,她以法学教育享誉海内外,时有“南东吴,北朝阳”、“法官出朝阳,律师出东吴”之称。东吴大学特别是她的法学院,曾培养出一批杰出的政治、法律学者或知名人士,如费孝通、雷洁琼、孙起孟、董寅初、赵朴初、谈家桢、王宠惠、董康、杨铁樾、王绍增、倪征燠、梅汝璈、吴德熊、李浩培、吕光、桂裕、丘汉平、梁鑒立、张志让、查良鉴、查良镛(金庸)、盛振为、何世桢、马汉宝、姚淇清、陈霆锐等,堪称一时之盛。1952年院系调整时,东吴大学改名为江苏师范学院;1982年改名为苏州大学。1982年复设法律系,1986年扩建为法学院。

本院现设法律、经济法、国际经济法、律师四系,并设比较法研究所和东吴律师事务所。现有宪法与行政法学博士点1个,法理学、行政法学、国际经济法学硕士点3个。行政法学专业为省级重点学科,受省政府专项经费资助。现有正副教授18人,讲师20余人,其中有硕士以上学历或正在攻读博士学位者占近50%。经国务院学位委员会批准已列入法律硕士专业学位试办单位。现每年招收全日制本科生200余人,专科生30~50人,并开设了法律专业大专函授班、专业证书班、本科进修班、硕士研究生课程进修班等多种形式的成人教育项目。自1982年以来,已为社会培养硕士生、本科生、专科生等各类专门法律人才近5000人。

长期以来,本院教师兢兢业业、努力耕耘,在教学和科研方面取得了一系列成就,先后获国家级教学奖、科研奖等3人次,获省级教学奖、科研奖等12人次,获评江苏省有突出贡献中青年专家1人次,获评省级优秀中青年骨干教师2人次,7人被评为苏州大学优秀青年骨干教师。先后承担(主持)国家级社科研究项目5项,省级研究项目20余项,出版各类专著、教科书、译著等60余种,发表学术论文1000余篇(其中包括在海外学术刊物及国内权威刊物发表的论文50余篇)。

近年来,本院对外学术交流也有重大发展。先后有25人次赴美国、加拿大、日本、韩国、新加坡、香港、台湾等地进修、讲学、参加学术会议、访问,邀请外籍及台港澳专家讲学70人次。行政法重点学科还与上海市人民政府行政法制研究所等实际部门开展了合作研究。

苏州大学已进入国家“211”工程,我院“现代政府法律管理”科研项目也被列入“211”重点资助项目。本院师生员工将抓住机遇,同心同德,弘扬东吴法学传统,再创辉煌!

(现任院长 艾永明 书记 张炳文 副院长 王志良 胡亚球)

前 言

东吴大学(Soochow University)的法学教育曾饮誉海内外,其法学院被誉为“培养中国近代法律家的摇篮”。为弘扬东吴法学教学与研究传统,适应当代社会主义法治建设的需要,苏州大学于1982年重建法学院(最初称为法律系)。16年来,我院教学科研都取得了长足的进步。3年前,我们创办院刊《东吴法学》,每年一期,现在1998年号又与读者见面了。

刚刚过去的1998年是极不平凡的一年,是我国人民克服重重困难,取得节节胜利的一年。在这一年里,我们把蔓延中的亚洲金融危机阻断于国门之外,我们还战胜了百年未遇的洪涝灾害。在纪念党的十一届三中全会召开20周年之际,我们欣喜地看到,这20年正是我们走向法治的20年。党的十五大确立了“依法治国,建立社会主义法治国家”的治国方略和奋斗目标,我们的法学教学与研究事业正呈现出一派欣欣向荣、蓬蓬勃勃的景象。1998年对我们苏州大学法学院来说,也是各项工作取得重大进展、令人难忘的一年。最显著的收获是,我们在原有3个硕士点的基础上成功地申报并取得了宪法与行政法学博士点,这无疑为我院今后的发展开辟了一个新的重要的生长点。此外,在1998年,我院还成功地举办了“依法治国、依法行政学术研讨会”、“中德行政程序法研讨会”、“《行政许可法》征求意见稿座谈会”、“《行政复议法(草案)》座谈会”等学术会议,在学术研究方面正继续开拓,努力营造我们自己的特色……为此,本期《东吴法学》以较多篇幅刊载了国内学者研究社会主义法治,特别是实现行政法治方面的研究成果,同时也尽可能充分地反映我院在各门法学研究方面的成果。

岁月匆匆,在我们编完本期稿件的时候,1999年的新年钟声已经敲响。1999年将是更鼓舞人心的一年,我们将喜迎“五四”运动80周年、中华人民共和国成立50周年,还将迎接澳门回归。而当新世纪钟声敲响之时,我们将迎来东吴大学百岁华诞。抚今追昔,我们无限感慨。回顾本世纪初,东吴大学的法学教学和研究曾给我们留下一片辉煌,前辈的经验和教训永远值得我们去总结和借鉴。本刊之所以命名为《东吴法学》,表明我们决不割断历史,并要在新的历史条件下继续东吴人未竟之事业,为下一世纪的中国法学开创一片更宽广、更灿烂的天地。“长风破浪会有时,直挂云帆济沧海”。我们胸怀壮志,充满信心!

在此,我们向所有关心、支持和帮助本院教学、科研工作的前辈、朋友和同仁衷心致谢!愿《东吴法学》能得到海内外学人的垂爱,更期望得到法学界同仁的赐稿、关心和指教!

东吴比较法研究所 简介

江苏省重点学科“行政法学”

苏州大学东吴比较法研究所于 1994 年 6 月成立。现有专兼职研究人员十余人,并聘请罗豪才、江平、高铭暄、陈光中、郭道晖、应松年等二十多位知名学者为顾问或特邀研究员,还聘请美国、德国、加拿大、日本、新加坡、香港、台湾等许多国家和地区的多名学者为客座研究员,杨海坤教授为所长。

本所的任务和宗旨是:总结和整理东吴法学成就,开展英美法系研究及两大法系的比较研究;开展中国与各个国家和地区法律的比较研究,特别是与新加坡、台港澳法律的比较研究,为中国的对外开放及中外法律沟通服务。

建所以来,本所已组织和资助了一系列课题研究,已出版的专著有《架起法系间的桥梁》(论文集,苏州大学出版社,1995 年出版)、《经济行政法论》(王克稳著,苏州大学出版社,1995 年出版)、《刑事证据实践研究》(薛喜堂著,法律出版社,1995 年出版)、《企业法律制度通论》(郑家平著,复旦大学出版社,1995 年出版)、《唐代行政法律制度》(艾永明著,江苏人民出版社,1997 年出版)、《市场经济、民主政治和法治政府》(杨海坤著,中国人事出版社,1997 年出版)。目前,还有一批专著在撰写和出版过程中。

本所创建以来,得到了香港汪毓源先生、曾宇佐律师、日本蔡柱国教授等知名人士的热心资助,并加强了对外学术交流。

1995 年,江苏省人民政府在对苏州大学行政法学硕士点及行政法学教学队伍进行全面考察后,正式评定本院行政法学学科为江苏省重点学科,成为省政府在全省范围内 40 余所委属、省属高校文、理、工、农、医各专业共 80 个重点投资建设的学科之一。1997 年 12 月顺利通过了省重点学科中期评估检查。

本学科点在省政府的资助下设置了资料室,购置了电脑及相关软件,编写了十多种教材和教学资料、教学纲要,出版了 6 种专著,并就地方政府法制建设、中外行政程序法比较研究、建设社会主义法治国家等课题举行了多次研讨会。现已培养了四届硕士研究生共 20 余人。本学科点教师先后为研究生、本科生开设中国行政法基本理论、行政诉讼法学、比较宪法、外国行政法、中国行政法史、台港澳行政法、经济行政法、行政执法和行政程序、中外行政程序法比较研究等课程。

目 录

法学专论

走向 21 世纪的中国行政法治	杨海坤(1)
法家的“法治”与专制	艾永明(12)
创建法治型精神文明的几个法理问题	周永坤(18)
危险废物进出口的法律管制	陈立虎(31)
新刑事审判方式实施中的几个值得探讨的问题	薛喜堂(41)
中国科技法制建设简评——与日本比较	倪正茂(49)
行政程序法基本原则比较研究	黄学贤(56)
论刑法法治国家原则及其在新刑法中的体现	汪明亮(70)

观察与思考

有宪治才有法治	陆永胜(78)
法制建设与道德建设	王泽红(81)
地方人大职权与法治国家建设	任德金(85)
讼师考论	方 潇(88)
依法行政的概念新探	杨小君 程 虎(92)
政府管理的新手段与新模式——行政合同	邢鸿飞(96)
行政承诺刍议	宋 超(101)
论侦查阶段的律师刑事辩护	范玉梅(105)
浅论审判独立	张永泉 周 吉(109)
关于定金与违约金制度的再思考	李中原 张云峰(113)
论行政性垄断及其立法规制	曹 博(120)

论对关联公司的从属公司债权人的法律保护	朱 谦(125)
论应当预见规则	王 斌(130)

研究生论坛

试析后现代主义法律观与中国法治建设	陈海英(135)
浅谈舆论监督与依法行政	刘洋林(139)
浅谈行政立法中的听证程序	蒋国锦(142)
行政调查行为探究	吕尚敏(144)
浅谈行政合同纠纷的解决	冷友青(150)
试析市场经济中的行政收费	王松林(153)
关于行政强制执行救济途径的思考	吴志红(157)
关于收容遣送立法的建议	郝益山(160)
抽象行政行为的可诉性探讨	刘 军(163)

外国法律制度研究

日本司法制度简介	刘 军 张梁生 陈海英(166)
----------------	------------------

港、澳、台之窗

海峡两岸有限责任公司制度之比较	冯 兵 顾海斌(171)
海峡两岸票据法的比较研究	吴晓鹏 武 岗(176)

案例讨论

范新生不服镇政府房屋拆迁案	赵德关(181)
---------------------	----------

会议综述

时代的召唤

- “实现社会主义法治:依法治国与依法行政”研讨会综述 庞 凌(183)
- “中德行政程序法”国际学术研讨会德方学者观点综述
..... 朱中一 吴志红(187)
- 《行政许可法》征求意见稿座谈会纪要 (189)
- 《行政复议法(草案)》讨论简述 (192)
-

书 评

一把打开美国行政法宝库的金钥匙

- 对王名扬先生《美国行政法》一书迟到的评论 杨海坤 朱中一(195)
-
- 学术交流大事记 (201)
-

本期编委会

主 编	杨海坤	副主编	周永坤	艾永明
委 员	陈立虎	薛喜堂	王克稳	史浩明
执行编委	黄学贤			黄学贤

CONTENTS**Specific Theses Concerning Jurisprudence**

Rule of China's Administrative Law Toward 21st Century	Yang Hai - kun(1)
Rule of Law and Dictatorship Put Forward by "Fa Jia"	Ai Yong - ming(12)
Some Jurisprudence Theory Problems Concerning Creating Spirit Civilization of the	
Type Ruled of Law	Zhou Yong - kun(18)
Legal Control Over Import and Export of Dangerous Wastes	Chen Li - hu(31)
It is Worth While to Discuss Several Problems Occuring in Performance of the	
New Criminal Trial Modes	Xue Xi - tang(41)
Simple Comment on Promotion of China's Science and Technology Legality	
.....	Ni Zheng - mao(49)
Comparing Study on Basic Principles of Administrative Procedural Law ...	Wang Xue - xian(56)
On the Principle of the Rule of Criminal Law and Embodiment of the Principle in	
the New Criminal Law	Wong Ming - lian(70)

Observation And Consideration

Once There is Constitution There is rule of Law	Lu Yong - sheng(78)
Promotion of Legality and Morality	Huang Tse - hong(81)
Functions and Powers of Local People's Congress and the Promotion of the Principle,	
Rule of Law	Ren De - jin(85)
On the Exploration of Legal Pettifoggers	Fang Xiao(88)
New Method of Government Administration——Administrative Contract	Xin Hong - fei(96)
Talk about Administrative Contract	Song Chao(101)
On Lawyer's Criminal Defence on the Phase of Investigation	Fan Yu - mei(105)
On Trial Independence	Chang Yong - quan Zhou Ji(109)
Re - Consideration on the System of Bargain Money and Default Fine	
.....	Li Zhong - yuan Chang Yun - feng(113)
On Administrative Monopoly and Legislative Rule Thereof	Chao Bo(120)
On the Legal Protection Over the Creditors of Subordinated Companies in Associated Enterprises	
.....	Zhu Qian(125)
On the Rule of the "Shall be foreseen"	Huang Bing(130)

Forum For Postgraduates

- Analysis of Law View of Later Modernist School and Promotion of Rule of Law in China
..... Chen Hai – yin(135)
- Talk over Control of Public Opinion and Administration by Law Liu Xiang – ling(139)
- Talk on the Procedure of Hearing Witnesses in Administrative Legislation
..... Jiang Guo – jin(142)
- Exploration of Administrative Investigative Action Lu Shang – ming(144)
- On the Resolve of Disputes Concerning Administrative Contracts Leng You – qin(150)
- Analysis of Administrative Collecting Fees in the Market Economy Huang Song – lin(153)
- Consideration on the Remedy of Administrative Enforceable Execution Wu Zi – hong(157)
- Proposal of Legislation on Detention and Repatriation He Yi – shan(160)
- Exploration of Possibility of Accusation Against Abstract Administrative Action Liu Jun(163)

Study on The Foreign Legal Systems

- Brief Introduction of Japan Judicial System
..... Liu Jun Chang Liang – sheng Chen Hai – yin(166)

Windows of Hong Kong, Macao And Tai Wan

- Comparison of the Systems of Limited Liability Companies Between Both Banks of Taiwan Strait
..... Feng Bing Ku Hai – bin(171)
- Study on Comparison of Law of Bill Between Both Banks of Taiwan Strait
..... Wu Xiao – peng Wu Gang(176)

Discussion Over Cases

- Mr. Fan Xin – Sheng's Allocutus on the Case of House Dismantle Handled by Township
Government Chao De – yin(181)

Summary of Conferences: The Call of The Era

- Summary of the Conference Titled "Rule of the Country by Law and Administration by
Law in order to Realize Socialist Rule of Law" Bong Lin(183)
- Summary of Germany Scholars' Viewpoints of the International Academic Conference
Concerning Administrative Procedural Laws of China and German
..... Zhu Zhong – yi, Wu Zhi – hong(187)
- Summary of the Forum for Consultation of the Draft,《Administrative Admission Law》
..... (189)
- Summary of the Forum of the Draft,《Administrative Reconsideration Law》

Comments on Books

A Gold Key to Open the Treasure – House of the American Administration Law
A Late Comment on the Book Titled 《American Administration Law》 Written by
Mr. Huang Ming – yang Yang Hai – kun, Zhu Zhong – yi(195)

The Editorial Committee of the Issue

Editor in Chief	Yang Hai – kun		
Vice Editors	Zhou Yong – kun	Ai Yong – ming	
Editorial Committee Members	Chen Li – hu	Xie Xi – tang	Huang Ke – wen
	Shi Hao – ming	Wang Xue – sian	
Exective Editor	Wang Xue – xian		
The Contents are Translated by	Yan Ling – chang		

走向 21 世纪的中国行政法治

杨海坤

[内容提要]法制现代化必然包括实现行政法治这一环节。现代行政法治思想来自西方,中国行政法治存在着起步晚、基础差的先天性缺陷。本文对实现中国行政法治的困难和原因进行了分析,着重对走向 21 世纪中国行政法治的综合目标模式进行了预测性研究。

[作者简介]杨海坤,男,1944 年生,苏州大学东吴比较法研究所所长、教授、博士生导师。研究方向:宪法学、行政法学。

纵观 20 世纪的全球历史进程,它包括了法制文明化、现代化这一进程;而法制文明化、现代化进程又必然包括了行政法治这重要一翼。中国也不例外。由于中国历史发展、社会环境等方面有着鲜明的特点,因此给中国实现行政法治的过程、目标、内容等都带来了具有“中国特色”的若干特点。

一、行政法治思想的由来和它在中国传播的特点

行政法治是整个法治思想的组成部分,它伴随着整个法治思想的生长一起成长。近代法治思想发端于西方,尽管它与“自由”、“民主”、“人权”、“科学”等进步思想与口号常常交织在一起,但实际上它的思想渊源还可以追溯到更加久远的时代。

一般认为,西方近代法治有两个基本类型。一个是英国的“法律支配”模式,它产生于当时英国王权与议会的反复较量中,强调以议会主义为媒介的立法过程,因而,法治与民主的互动关系十分明显。另一种是德国的“法治国家”模式,它以成文法体系为前提,最初侧重于法律的解释适用以及国家行为在形式上的合法性,以后随着时代的发展,又提出了实质上的法治(强调良法之治)问题。

与此相对应,英国法学家和德国法学家在行政法治问题上也有自己的特点与风格。

提到英国的法治以及行政法治,人们首先会想起英国著名宪法学家戴雪(Albert Venn Dicey, 1835 ~ 1922)。戴雪强调英国宪法“不成文”的性质,认为英国宪政的特点有 3 个:一是国会在法律上拥有无限的权威,可以完全约束行政权及司法权,称为“国会主权”;二是国会主权下的“依法而治”,包括司法独立和依法行政;三是重视宪法惯例。在戴雪看来,法治的第一要义是从宪政角度防止“人治政府”行使限制人权的权力,法治的首要条件就是排除政府(主要指行政权)的独断权力。^①囿于戴雪当时观察的局限性,他误解了当时法国的行政法,大力抨击法国 19 世纪已有的行政法院体系,认为英国法的特点是没有公法及私法的区分,指责法国行政法的缺陷在于违反平等原则来维护行政特权。他认为:在英国,所有对人民权益的侵害,不论来自私人或国家,都毫无例外地由普通法院获得保障,这才是最平等的。戴雪的行政法治观一方面极大地影响了英国法律制度的发展,另一方面,他的后人又正是在批评他的法治观的缺陷的过程中把英国行政法推向前进的。例如,戴雪曾把行政自由裁量权笼统地理解为胡作非为的“专断权”;他还把英国的普通法院模式视为世界上唯一优越的司法模式等等。这些观点都为后人所否定。尽管如此,戴雪的行政法治理论坚持以保障人权为出发点,其强调发挥法院的司法审查功能以及对行政滥权行为加强控制的思想,在行政法史上始终有光辉的一页。当代英国行政法学家韦德在其权威著作《行政法》一书中批判地发展了戴雪的理论,并从另一角度提出构成英国宪政基础的法治有 5 个方面的含义,即合法性原则、裁量限制原则、平等原则、特权禁止原则和罪刑法定原则。韦德的法治概念较之戴雪的法治概念更具全面性,这 5 个方面除了“罪刑法定原则”以外,其余原则都涉及“公共行政”问题,特别是韦德明确称法治是行政法的“主源”(main spring),把法治与行政法联系起来,是很有积极意义的,故韦德的法治观被称为典型的“行政法治观”。韦德比戴雪高明的地方在于:他肯定行政裁量权合理存在的价值,并明确提出行政法的精髓就在于对行政裁量权力的控制。^②

行政法史上一个有趣的事实是,就在英国宪法学家戴雪出版其经典著作《英宪精义》的 1885 年,德国行政法体系的奠基人奥托·麦耶(Otto Mayer, 1846 ~ 1924)也于此年完成了他的名著《法国行政法原理》,并在 10 年后出版了他更重要的著作《德国行政法》一书。他代表了大陆法系法学家对行政法治理论的思考。奥托·麦耶接受了德国思想家康德的理性主义和自然法观念,继承了德国法学界前辈的“法治国”概念(据目前文献,1798 年德国哲学家普拉西德斯首先使用这一概念),并在借鉴法国行政法院制度的基础上创立了他的行政法治理论。在德国,行政法的研究和法治国理论的确认与发展同样不可分割,德国法治观念也建立在权力分立的原则基础上,并且同样出于对行政权的不信任,强调行政法主要是用以防止行政权可能滥用的控制器。奥托·麦耶认为行政机关与人民之间已经存在宪法和行政法的两种法律关系,而且这两种法律关系是紧密联系在一起的。行政权的行使必须依据宪法和法律,并在此基础上提出了“法律保留”和“法律优先”等重要原则。不过,奥托·麦耶同时代法学家们所提出的行政法治观总体上还是偏重于形式主义方面,即其法治理念强调把法律看作治理国家及课以人民服从义务的“工具”,至于法律本身的“品质”是否符合宪法所追求的保障正义及人权,当时并不重点加以关注。^③随着时光的推移和社会的进步,在魏玛共和国时代,德国纯粹法学派代表人物凯尔逊已初步提出了区分技

术意义法治国和实质意义法治国的所谓“二元论”,尽管他本人对后一概念的探讨持排斥态度。其后,波恩大学公法教授卡尔·史密特则明确提出:法治国不能只强调国家有客观的法秩序方面,而应该凸显对人民权利的保障和维护。他的法治观的重要突破在于认为法治国完美的理想乃是体现国家生活普遍的司法性,使国家所有行为与争议(包括政治案件和行政行为等)都可以由类似司法的途径来解决。他的观点使德国法治国观念开始步入实质法治国的阶段。当然,由于众所周知的原因,德国的实质意义法治观随即因为希特勒政权的上台遭到毁灭性打击,这一切最终给德国人民造成了巨大的损失。直到二战结束,纳粹政权垮台,在联邦德国重建过程中,实质意义的法治概念,包括行政法治概念才又重占上风。联邦德国基本法强调宪法秩序必须符合联邦基本法所规定的共和、民主及社会法治国原则,所有国家权力必须全力尊重和维护人类尊严,行政权与司法权都要受到法律与法的拘束。在德国,形式主义法治国的概念终于被融入到实质意义法治国概念之中,形成了“包容性的法治国”概念,这就给德国实行宪政前提下的行政法治带来了革命性的变革。^④

研究英国和德国法治及行政法治观念的成长史,可以看出,它们最终不谋而合,殊途而同归,说明行政法治在一个世纪前已开始发生并逐步发展为世界性思潮。然而,世界的发展总是很不平衡的,在 100 年前西方国家热烈讨论法治和行政法治问题的时候,中国还处于内忧外患、民族危亡的时刻,当时中国改革思想家所面临的是“国难当头”下的“救亡图存”。1840 年鸦片战争的炮火炸毁了闭关锁国的清朝封建壁垒,中国急剧地演变为半封建半殖民地社会。近代中国进步思想家固然对西方法治思想非常向往,例如康有为、梁启超、严复等人对中国制宪以及引进外国法律制度等问题十分关心,但他们的法律思想和主张主要是对“变法”之道的探求,而不可能超越时空限制,过早讨论行政法治问题。例如,1895 年康有为在《上清帝第三书》中指出:“今之为治,当以开创之势治天下,不当以守成之势治天下……若非大变讲求,是坐待自毙也。”梁启超则提出“凡在天地之间者,莫不变”,“今日之计,莫急于改宪法”。严复认为:中国如不变法必定灭亡,这是“天下理之最明,而势所必至者”。因此,“救亡之道”在变法,“自强之谋”也在变法。^⑤可见,当西方国家思想家、法学家在大谈法治和行政法治的时候,中国思想家所关注的主要还是如何变法改制的问题。在行政法治问题上,中西之间明显有一大段“时间差”,这是由所处的历史环境不同造成的。辛亥革命后,建立了共和制的“中华民国”,但是军阀连年混战,很少出现长期稳定的政局,因此,前后虽有几个所谓成文“宪法”出台,但实施效力极差,“民国”政府在治理社会时根本不可能严格依法办事;到南京国民政府时期,虽也有《诉愿法》、《行政诉讼法》等问世,但都是表面文章。正如有的学者所概括的:中国行政法制现代化之路异常艰难,异常曲折,“行政法制现代化过程中存在着一个基本的矛盾,即形式上的行政法治化和实际上的政治独裁、人治主义盛行的矛盾”。^⑥由此得知,在旧中国,行政法治的问题根本不可能解决。中国共产党领导下的新民主主义革命,其主要任务是反帝反封建,夺取革命政权。虽然在革命根据地也进行了配合政权建设的初步的民主的行政法制建设的尝试,但当时也不可能解决行政法治问题。新中国建立以后,中国共产党按理应该逐步转变领导方式,重视运用法律治理国家,但由于复杂的历史原因,当时没有意识到必须实行法治,

因而也不可能提出行政法治问题。党的十一届三中全会拨乱反正,正本清源,深刻总结历史经验教训,才把民主的制度化、法制化真正提上议事日程。尤其是改革开放 20 年来,随着市场经济体制目标的确立,建设社会主义法治国家目标的提出,才使我们充分认识到:行政法治作为法治国家建设系统工程的重要组成部分是不可缺少的,而且是实现法治工程总体目标的关键。因此,严格地说,我国行政法治目标直到本世纪末才正式提出,至少在形式上,我国行政法治概念的提出比西方整整晚一个世纪。

当然,我们不能沉沦于妄自菲薄的精神状态,尽管我们起步晚,但却有着起点高、进步快的特点。其起点之“高”,主要表现在两个方面:一是我们的法治一开始就称为社会主义的法治,因而我们的行政法治也就是社会主义制度下的法治。从理论上说,社会主义制度比资本主义制度先进,其行政法治至少在意识形态方面来讲是先进的。二是因为我们属于后起的发展中国家,可以尽量避免或减少其他国家已经走过的法治道路中的曲折和弯路,我们完全可以综合和借鉴各国行政法治的成功经验,使我们的行政法治一开始就向高水平看齐,甚至有可能在某些方面赶上或超过其他先进国家的行政法治的水平。也就是说,我们瞻望 21 世纪的前景,有可能“后来者居上”。至于讲到中国行政法治进步之快,这是世人有目共睹的,我们在过去十多年中,民主化、科学化的行政立法可以说已经取得了骄人的成就,例如《行政诉讼法》、《行政监察法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政复议法》(已有草案,即将通过)的先后出台,令各国行政法学家刮目相看。可以说,近 20 年我们走过的道路相当于有些国家上百年走过的道路。

二、实现中国行政法治的困难和原因分析

前面说过,中国行政法治存在着起步晚、基础差的先天性缺陷,这些都构成了我们今天实现行政法治的困难。

1. 中国古代政治制度建构和发展过程中曾经形成过很发达的甚至很辉煌的古代行政法,监察制度、科举考试制度等常常是中国法律史专家们引为“国粹”的东西,甚至有学者认为,中国行政现代法制化可以是“一个由传统官制法律文化向现代行政法制的历史转变过程”。^⑦但依笔者之见,中国古代社会的所谓行政法,与现代行政法相去甚远,它属于“握有统治权之君主或少数人意志之表现”,本质上属于行政“人治”而非现代法治。根据古代法律史学者的研究,中国古代国家的形成与固有亲属组织的变化密切联系,国家的发展在很大程度上保留并且依赖血缘组织及其原则,因此,这种亲缘的政治化和政治的亲缘化造成家国不分、公私不分的社会状态。^⑧西方近代政治观念中的“公共权力”和“市民社会”、“国家”和“社会”的二元对立概念在中国本土历史上是很难找到影子的,因此不可能形成“公共权力”服务“市民社会”或由“市民社会”制约“公共权力”的行政法及行政法治概念。

2. 中国实现行政法治还受到计划经济模式和过分集权的政治模式的严重影响。二次大战后,有些国家很快找准了市场经济体制模式和以分权制约为宗旨的民主政治模式,因此,总体上是比较成功的。这些国家尽管由于战争原因,经济基础薄弱,但经过几十年努力,终于出现了经济和社会发展的奇迹。与这些国家相比,中国走了一段不短的弯路。50 年代,由于我们犯了“坐井观天”的错误,曾在相当一个时期内完全受苏联模式的影响,以

为社会主义必须全面实行计划经济制度,必须对经济、政治、文化、社会各领域都实行中央高度集权的管理体制。这些观念当时占据不可否认的绝对统治地位,并发展成为中国当代官僚主义和政治弊端的一个总病根。这种权力过分集中于个人或少数人手里的现象的出现还“同共产国际时期实行的各国党的工作中领导者个人高度集权的传统有关”^⑩,以至在毛泽东晚年时期又有新的发展,形成了在“加强党的一元化领导”口号之下,不适当地、不加分析地把一切权力集中于党委,党委的权力又往往集中于第一书记的情况。党的一元化领导,往往因此成为个人领导,形成权力过分集中、党政不分、以党代政的政治模式。十多年来,在邓小平理论指引下,我们对这种模式进行了初步的改革,但还不能说已经得到了根本的纠正,在决定政策的许多领导人头脑中,分权制约、以权制权的观念还没有真正树立,中国行政法治的实现仍面临诸多艰难。

3. 当前,我国实行行政法治的困难还来自经济体制改革过程中出现的新的问题和障碍。近 20 年来,中国经济体制改革释放出的巨大能量似魔力般地改变了中国的面貌,尤其是经过 30 多年计划经济模式的磨难和 10 多年的经济体制探讨,90 年代我们终于名正言顺、理直气壮地确立了市场经济体制目标,中国进入了深刻的社会转型期。但是,我们毕竟是在中国这块古老的土地上,在历史包袱、现实困难众多的状况下进行这场改革的,因此,对改革,尤其是经济体制改革过程中伴生的问题和障碍也不能低估。应该说,中国目前还处于初级市场经济阶段,由市场配置资源的功能实际上还很不充分,政府在配置资源中仍起着举足轻重的作用,因此“不找市场找市长”的情况还相当普遍,以至政府成了各利益集团寻租的猎物。在政府与市场、政府与企业的关系上,尽管不少企业力图走向市场,期待在市场机制中正常运转,但不少政府部门的管理却仍然沿袭计划经济体制管理方式那一套,进而在“瓜分”计划经济体制庞大遗产的过程中产生了大量权钱交易活动,腐败已构成中国现代化道路上的巨大障碍。一方面,“前现代化中国最大的特点就是裙带风盛行,人情化力量起很大的作用,这份历史遗产几乎被当代完全承袭下来,使中国的法律有时徒具虚名,政府有时也无可奈何地承认自己必须不懈地和这种人情化力量作斗争。”但另一方面,政府及其工作人员正在被腐蚀,出现了发展中国家现代化进程中所遇到的普遍问题,即所谓“软政权化”。它的基本特征是:“缺乏立法与具体法律的遵守实施,对法律的解释有很大的随意性和松弛性,各级公务员不遵守交给他们的规章和指令,并且常常和他们本应管束其行为的有权势的人们与集团串通一气……”^⑪这些正在蔓延着的腐败现象不能不对我国实现行政法治构成新的威胁和阻碍。有识之士都已经认识到:经济体制改革的最终出路在于政治体制改革,而政治体制改革的最终成果和表现形态是实行法治,政府行为的约束归根结底依靠行政法治的实现。

4. 实现行政法治的最后一个重要困难和阻力来自广大民众民主、法治意识的薄弱。从整体而言,改革开放以来,我国公民的民主、法治意识已有很大提高,但是,城市与农村相比,开放地区与相对闭塞地区相比,知识分子与普通民众相比,民主、法治意识的提高是很不平衡的。在经济落后、文化贫乏的地区,陈旧的封建思想意识还死死地缠住人们的头脑,以至为这些地方的不民主状态造就了土壤。正如《现代化的陷阱》一书的作者所写的:“在旧的非正式控制机制丧失存在基础的同时,是正式控制机制的低效及严重变质,在不